schen formeller und materieller Gültigkeit eines Gesetzes erinnern. [19]) Wenn ich bei einem Gesetze, dessen formelle Unverbindlichkeit für Protestanten Jedermann kennt, gesagt habe, es sey auch für Protestanten verbindlich, so schrieb ich für Verständige und nicht für Leute, bei welchen hierüber ein Mißverständniß zu befürchten ist.

IV.

Ueber die reformatio in pejus.

Von

Herrn Oberappellationsrath **Arnold** in München.

---

§. 1.

Darüber, daß der Appellat über die durch die Appellation zur Entscheidung des höheren Richters gelangten Punkte auch nach Verlauf der Berufungsfrist noch Berufung an diesen höheren Richter einlegen und Abänderung zu seinen Gunsten verlangen könne, d. h. über die Zulässigkeit der sogenannten accessorischen Adhäsion, ist man im Allgemeinen [1]) einig: streitig aber ist in der Theorie und in der Praxis, ob und in welchem Umfange dem höheren Richter auch ohne solche Adhäsion das Recht zustehe und die

---

19) Richter, Lehrb. des Kirchenr., sagt S. 618: „Diese Bestimmungen (des Tridentinum über Baulast), die das gemeine Recht der katholischen Kirche bezeichnen, sind auch in der evangelischen Kirche als die gemeinrechtlich anwendbaren zu betrachten, eben weil sie sich nur auf frühere rechtliche Zustände gründen." Und wirklich hat die Stelle des Tridentinum auch nicht einmal vorzugsweise den Zweck, die Baupflicht zu normiren, sondern sie will nur den Bischöfen einschärfen, diejenigen, die an sich baupflichtig sind, zur Erfüllung ihrer Pflicht omnibus remediis opportunis anzuhalten.

1) Wie weit das Recht zur Adhäsion reiche, s. unten §. 6 f.

Verbindlichkeit obliege, das durch die Appellation zu seiner Prüfung gelangte Erkenntniß des vorigen Richters zum Vortheile des Appellaten zu ändern, d. h. wie man es gewöhnlich ausdrückt, ob und in wie weit dem Oberrichter die Befugniß zustehe, in pejus zu reformiren?

In neuerer Zeit, wo man dieser Streitfrage besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat, sind die hervorragendsten Ansichten folgende: A. in der Regel kann keine Abänderung in pejus erfolgen; dem Appellaten steht die Befugniß zu, dem von dem Gegner eingewendeten und fortgesetzten Rechtsmittel über denselben Streitpunkt zu adhäriren, der Richter aber kann eine solche Adhäsion nur dann von Amtswegen suppliren, wenn über das Rechtsmittel entschieden wird, ohne den Gegner zuvor über dasselbe gehört zu haben. [2]) B. Die geradezu entgegengesetzte Ansicht geht dahin, daß die Einführung des Rechtsmittels die Folge habe, daß die von einem Theile dadurch angegriffene Entscheidung auch gegen den andern nicht rechtskräftig werde, dieser vielmehr auch zu seinem Vortheile Einwendungen dagegen vorbringen dürfe, der Richter aber selbst von Amtswegen ihn zu vertreten und das Urtheil, soweit es für ihn beschwerend ist, abzuändern die Pflicht habe, mithin eine reformatio in pejus unbedingt möglich sey. [3]) C. Zwischen diesen beiden Ansichten steht die, daß der Richter von Amtswegen auch über jene Punkte erkennen und sonach auch in pejus reformiren könne, welche entweder mit den durch das Rechtsmittel devolvirten Punkten in unzertrennlicher Verbindung stehen, oder worüber ein Verzicht

---

2) Martin, bürgerl. Proz. 12te Ausg. § 276. S. auch Heffter, Civilprozeßrecht 2te Ausg. §. 436. 454. Thibaut, Pand §. 1251.

3) Linde, Lehrb. d. Civilproz. 6te Aufl. §. 392. Derselbe im Archiv für civil. Praxis, Bd. 19. S. 462. Vergl. auch ebendas. Bd. 20. S. 58 ff. und Gießner Zeitschrift Bd. 9. Abh. 10.

der Parteien eben so wenig als eine auf solchen Verzicht gegründete Rechtskraft entscheiden kann. [4])

Wenn in dieser Streitfrage ein Praktiker das Wort nimmt, so geschieht es nicht in der Anmaßung, die Ansichten der Gelehrten meistern oder eine besser aus den Tiefen der Theorie hervorgeholte Ansicht aufstellen zu wollen, sondern in der Meinung, daß gerade in einer so sehr in das Leben eingreifenden und so oft im Leben vorkommenden Materie die Anschauungsweise des Praktikers dazu auffordern könne, die theoretischen Erörterungen fortzusetzen und dem Ziele immer näher zu kommen. [5])

§. 2.

Daß ein in Rechtskraft übergegangenes Erkenntniß durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden könne, ist eine bekannte Sache [6]), und eben so wenig kann man daran zweifeln, daß wenn durch Cumulation mehrerer Klagen mehrere an sich verschiedene Streitgegenstände vor den Richter gebracht und von diesem in einem und demselben Erkenntnisse entschieden worden sind, die Ergreifung eines Rechtsmittels bezüglich des einen Streitgegenstandes die Rechtskraft des Urtheils in Hinsicht des andern mit jenem nicht nothwendig verbundenen nicht hemmen kann. *) Wenn z. B. in einem Rechnungsprozesse das Urtheil mehrere Rechnungsposten für liquid erklärt und die Heraus-

---

4) Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis, Bd. VII. S 86 ff.

5) Die bayerische Gerichtsordnung v. J. 1753 mit ihren Bestimmungen über Devolutiveffekt der Appellation und über Adhäsion ist zwar ein Provinzialgesetz: allein sie beruht nicht nur auf den Principien des gemeinen Prozesses, sondern es ist auch im Promulgationspatent zu derselben v. 14. Dec. 1753 der gemeine Prozeß als Hülfsrecht erklärt. Deshalb wird im gegenwärtigen Aufsatze auch die bayerische Praxis berücksichtigt werden.

6) Cap. 13. 15. X. de sentent. 2, 27.

*) Mittermaier a. a. O. S. 98 Vergl. Gönner, Handb. des gem. Proz. III. S. 158. 246. Heffter a. a. O. §. 450. Stryk, Diss. de commun. appell. cap. 8 §. 61. 71.

zahlung derselben anordnet, der Verurtheilte aber nur wegen einiger dieser Posten das Rechtsmittel ergreift und entweder Entbindung von diesen Ansprüchen oder Beweisauflage oder Eidesauflage beantragt, so ist es offenbar, daß er die Verurtheilung wegen der übrigen Posten gegen sich in Rechtskraft hat übergehen lassen, und wenn nun auch der Sieger wegen dieser übrigen Posten kein Rechtsmittel ergreift [7]), so ist die Entscheidung wegen dieser Posten rechtskräftig und eine Adhäsion eben so wie eine reformatio in pejus hierüber unzulässig.

§. 3.

Nach dem römischen Rechte konnte man zwar nur gegen Definitivurtheile und gegen Zwischenerkenntnisse über präjudizielle Nebenpunkte appelliren [8]), allein das canonische Recht hat die Befugniß zur Appellation auch auf Zwischenverfügungen ausgedehnt. [9]) Um so wichtiger wird dadurch die Frage über die reformatio in pejus, denn nun kommt auch die Frage hinzu, ob und inwieweit der Oberrichter bezüglich solcher Zwischenerkenntnisse zur reformatio in pejus berechtigt ist, welche die definitive Entscheidung der Hauptsache vorbereiten. (Vergl. unten §. 17 u. 19.)

§. 4.

Die Wirkung der gehörig eingewendeten und gehörig fortgesetzten Appellation ist unstreitig, daß der Oberrichter das an ihn devolvirte Erkenntniß, wenn er hinreichende Gründe

---

7) Zuweilen kann auch der Sieger ein Rechtsmittel zur Hand nehmen, wenn nämlich sein Sieg nicht so vollständig ist, als er ihn zu verlangen sich berechtigt glaubt.

8) Const. 1. 3. Cod. Theod. quorum appell. non recip. Fr. 2. D. de appell. recip. (49. 5.) Const 6. pr. et §. 3. Const. 21. 36. Cod. de appell. (7. 62.) Const. 1. Cod. quorum appell. non recip. (7. 65.) Fr. 39. D. de minor. (4. 4.)

9) Cap. 5. 10. 11. 12. X. de appell. (2. 28.(Cap 1. X. de dilat. (2. 8.) Cap. 19. X. de judic (2. 1.) Cap. 15. X. de sent. et re jud. (2. 27.)

hierzu findet, zum Vortheile des Appellanten abändern kann; während man nun aber allgemein zugibt, daß neben dieser Wirkung auch die eintritt, daß nunmehr das Rechtsmittel gemeinschaftlich wird [10]), so ist es gerade der Begriff und Umfang dieser Gemeinschaftlichkeit, welcher den vorliegenden Streitpunkt bildet.

Gönner [11]) sagt, der Natur der Sache nach sollte ein Urtheil in Rücksicht dessen, welcher kein Rechtsmittel dagegen ergriffen hat, auch bei einem von seinem Gegner gebrauchten Rechtsmittel in dem Sinne rechtskräftig werden, daß er durch ein ordentliches Rechtsmittel dasselbe nicht mehr anfechten, eine Abänderung zum Nachtheile seines Gegners nicht fordern könne. Denn er konnte sich ja eines Rechtsmittels bedienen und durch die Unterlassung erklärte er factisch, daß er mit dem Urtheil zufrieden sey. Das Urtheil würde in Rechtskraft übergegangen seyn, wenn der Gegner ein Rechtsmittel dagegen nicht ergriffen hätte: dieser aber wollte durch die zu seiner Rechtsverfolgung vorgenommene Handlung gewiß seinem Gegner kein Recht erwerben, seinen Zustand nicht verschlimmern; wie sollte nun dem Gegner ein Recht auf Abänderung des Urtheils zum Nachtheile dessen erworben werden, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat?

Von dieser Ansicht Gönner's kann nur soviel als unbedingt richtig zugegeben werden, daß es gewiß in der Absicht desjenigen, welcher ein Rechtsmittel ergreift, nicht liegt, dadurch seinem Gegner einen Vortheil zuzuwenden, und daß derjenige, welcher gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel nicht ergreift, durch diese Beruhigung auf concludente Weise an den Tag legt, daß er mit dem Urtheil, so wie es erlassen ist, zufrieden seyn wolle: hieraus folgt aber nicht, daß

10) Reichsabsch. v. 1566. §. 116. Reichsabsch. v. 1594. §. 9. Linde, Lehrb §. 392 Martin, a. a O. §. 276. Almendingen, Metaphysik des Civ. Proz. I. S. 155 f. Heffter a. a. O. §. 435. 436.

11) Handb III. 57. §. 20.

er auch für den Fall auf die Anfechtung des Urtheils verzichte, wenn sein Gegner solches angreifen, die Rechtskraft nicht eintreten lassen und Abänderung durch den höheren Richter verlangen werde. Im Gegentheil, es kommt im Leben häufig vor, daß der eine Theil sich diese und jene Beschwerde eines Urtheils gefallen läßt, theils weil der übrige Theil ihm genügt, theils weil er die Zeit und Kosten der Fortsetzung des Streits durch die höheren Instanzen um eines günstigeren Erkenntnisses willen nicht aufwenden will. Beruhigt sich nun aber sein Gegner bei dem Erkenntnisse nicht, muß er mit diesem in der höheren Instanz noch kämpfen und dort erwarten, ob das Erkenntniß der vorigen Instanz nicht zu seinem Nachtheile geändert werde, so liegt es ganz in der Natur der Sache, daß nun auch er den Kampf, welcher in der vorigen Instanz geführt wurde, bezüglich des ganzen Rechtsverhältnisses, welches sein Gegner der Judicatur der höheren Instanz vorlegt, auch in dieser Instanz fortsetzen und von dieser eine Entscheidung über dieses ganze Rechtsverhältniß verlangen kann. [12]). Wer z. B. in erster Instanz 500 Gulden einklagt, aber nur 450 Gulden zuerkannt erhält, der kann leicht mit diesem Siege zufrieden seyn, wegen der Aberkennung der 50 Gulden nicht appelliren und dadurch von seiner Seite auf die Appellation verzichten, um ohne weitere Kosten desto schneller die 450 Gulden zu erhalten. In diesem Verzichte liegt aber, weil Verzichte strenger Auslegung unterliegen, nicht auch ein Verzicht auf die Appellation (Adhäsion) für den Fall, daß der Verklagte appellirt, denn nun sind die Voraussetzungen nicht mehr vorhanden, unter welchen der Kläger die Appellation unterließ: es muß nun dem Kläger, welcher über die Frage, ob ihm auch die 450 Gulden gebühren, dem Ausspruche des höheren Richters sich unterwerfen

---

12) Stryk, Diss. de communione appellationis, Francof. 1687. Cap. 3. §. 4. sagt: Videri quidem, hanc partem acquiescere, *non tamen aliter, quam quatenus altera acquiescit.*

muß, freistehen, über die ganze Forderung zu 500 Gulden rechtliches Erkenntniß des höheren Richters zu verlangen. Wenn dem Verklagten, welcher die Einreden der Remission, des Vergleichs und der Zahlung gemacht hatte, nur die zwei ersten dieser Einreden zum Beweise ausgesetzt sind, so kann er sehr leicht bei diesem Erkenntnisse sich beruhigen, wenn er hofft, diese Einreden oder eine derselben beweisen zu können: wenn aber sein Gegner darüber appellirt, daß jene zwei Einreden zum Beweise ausgesetzt wurden, so muß ihm auch nach verflossener Berufungsfrist gestattet seyn, im Wege der Adhäsion noch Zulassung des Beweises der Zahlung zu verlangen, denn nur unter der Voraussetzung ließ er das Urtheil gegen sich in Rechtskraft übergehen, daß ihm der Beweis der beiden andern Einreden frei bleibe; wird dieses durch die Berufung seines Gegners problematisch, so wäre es Verkürzung der Rechtsvertheidigung, wenn man daraus, daß er nicht rechtzeitig und selbstständig appellirte, einen unbedingten Verzicht auf die Einrede der Zahlung annehmen wollte; es ist ihm diese Einrede jetzt um so wichtiger, als es möglich ist, daß der Oberrichter die zum Beweise ausgesetzten Einreden verwirft und er dann aller seiner Einreden verlustig wäre.

§. 5.

Es ist daher nicht, wie Gönner a. a. O. sagt, lediglich eine Bestimmung des positiven Rechts, daß der Appellat adhäriren kann, sondern es erscheint diese Zulassung der Adhäsion [13]) als eine in der Natur der Sache und insbesondere in einer richtigen Auffassung und Beschränkung des Verzichts auf ein Rechtsmittel gestützte Vorschrift [14]), welche auch den legislativen Grund für sich hat, daß auf solche Weise so

---

13) Fr. 29. §. 1. D. de minor. (4. 4.) Const. 39. Cod. de appell. (7. 62.) Vergl. R. A. v. J. 1566. §. 116. R. A. v. J. 1594. §. 96.

14) Linde, im Archiv, Bd. 19. S. 479. 480. 489. 490. Mittermaier, im Archiv, Bd. 7. S. 95. Batz, Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen u. positiven Rechts. Tübingen 1816. Abh. 20. §. 11 f. Gail, obs. for. I. 122. num. 3.

manche Appellation verhindert wird, welche nothwendig eintreten müßte, wenn Jeder, dem ein richterliches Erkenntniß nicht in allen seinen Anträgen entsprochen hat, in die Nothwendigkeit versetzt wäre, für den Fall zu appelliren, daß sein Gegner zu dem Rechtsmittel greifen würde.

§. 6.

Wie weit sich das Recht des Appellaten zur Adhäsion erstrecke, ist hier zu erörtern, weil hieraus ein Anhaltspunkt dafür zu schöpfen ist, welche Gränzen dem Oberrichter für das Recht zur reformatio in pejus gesetzt sind. Der in fr. 29. §. 1. D. de minor. (4. 4.) behandelte Fall spricht von einer Restitution, welche eine Pflegbefohlne gegen den ihr nachtheiligen Theil des Urtheils suchte und wo dann der volljährige Kläger, welcher das Urtheil gegen sich in Rechtskraft hatte übergehen lassen, die Behauptung aufstellte, es müsse nun der ganze Rechtsstreit von Neuem zur Erörterung kommen — totam debere litem restaurare. Der Jurist sprach sich dafür aus, daß, soferne nicht derjenige Punkt des Urtheils, bezüglich dessen die Pflegbefohlne die Restitution verlangte, mit den übrigen Punkten zusammenhänge, kein Grund vorliege [15]), dem Antrage des Klägers, von dem ganzen Urtheil abzugehen, zu entsprechen — si *species*, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, *caeteris speciebus non cohaeret*, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus sit.

Etwas allgemeiner lautet Justinians Verordnung in Const. 39. pr. Cod. de appell. (7. 62.), denn es heißt dort: Si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesi-

15) Für den entgegengesetzten Fall also, wenn nämlich der angegriffene Punkt des Urtheils mit den übrigen Punkten zusammenhänge, würde die Adhäsion zulässig seyn.

dium. In dieser Stelle ist nun nicht von einer Beschränkung der Befugnisse des Appellaten dahin die Rede, daß er nur denselben Punkt (species) des Urtheils angreifen dürfe, welchen Appellant angegriffen hat, es ist aber auch nicht gestattet, daß er auch andere Punkte des Erkenntnisses angreifen dürfe.

Die Natur der Sache und auch die oben erwähnte Stelle der Pandekten (fr. 29. §. 1. D. de minor.) rechtfertigen indeß die allgemein herrschende Ansicht, daß Appellat mit der Adhäsion nur in Beziehung auf jene Punkte des Erkenntnisses sich beschweren und nur in Beziehung auf jene Punkte Abänderung in seinem Interesse verlangen könne, welche durch die Berufung des Appellanten an den höhern Richter gebracht sind.[16] Denn da ein Erkenntniß bezüglich jener besondern Punkte, gegen welche rechtzeitig nicht appellirt wird, die Rechtskraft beschreitet, so kann die accessorische oder eigentliche Adhäsion, welche nur durch die Berufung des Gegners möglich geworden, nicht weiter reichen, als auf jenes Rechtsverhältniß, worüber die Berufung ergriffen ist. Wenn daher in einem Rechnungsprozesse über verschiedene Rechnungsposten oder bei einer Klagenhäufung über verschiedene Klagposten abgeurtheilt und nur wegen eines oder einiger dieser Posten appellirt wird, so berechtigt die Appellation des einen Theils wegen einiger Posten den Appellaten nur wegen dieser Posten zur Adhäsion, nicht wegen der übrigen.[17] (oben §. 2.)

---

16) Die bayerische Gerichtsordnung Cap. 15. §. 9. Num. 4. sagt: „Soviel puncta separata betrifft, soll Appellat, soweit er hierin beschwert zu seyn vermeint, seine ordentliche Appellation auf die nämliche Art, wie der Appellant, mithin auch intra fatalia sub poena desertionis einbringen.

17) Von der Nahmer, merkwürdige Entscheidungen des herzogl. nassauischen Oberapp. Ger. zu Wiesbaden, 2r Bd. 1825. Num. 1. Martin, Lehrb. §. 276. Linde, Lehrb. §. 392. Heffter. a. a. O. §. 436. 454.

§. 7.

Es genügt indeß nicht, blos im Allgemeinen den Satz hinzustellen, daß die Adhäsion nur wegen jener Posten stattfinde, welche durch die Berufung des Appellanten an den höheren Richter gebracht sind, sondern es bedarf einer näheren Bezeichnung, was unter jenen Posten zu verstehen sey. Durch die Appellation wird die Entscheidung über ein bestimmtes Rechtsverhältniß an den höhern Richter gebracht und damit auch Alles, was zu diesem Rechtsverhältnisse seiner Natur nach gehört [18]) und schon dem Richter der vorigen Instanz zur Entscheidung vorgelegt war. [19]) Auf dieses Alles muß sich nun auch die Befugniß zur Adhäsion erstrecken: weiter aber kann sie sich nicht erstrecken, weil ihr Grund, die Appellation, nicht weiter reicht. [20])

Es ergeben sich hieraus folgende erläuternde Regeln; 1) wenn in der vorigen Instanz über die Zulässigkeit einer Klage entschieden wurde und deßhalb appellirt wird, so kann Appellat im Wege der Adhäsion vorbringen, was der

---

18) Mevii dec. P. I. dec. 65. n. 4. Heffter, a. a. O. §. 450. 454. Gönner, Handb. Bd. III. S. 158. 246. — Die bayerische Gerichtsordnung Cap. 15. §. 9. drückt dieß ganz treffend so aus: „Durch die Appellation wird die Streitsache sammt Allem, was davon abhängt, an den höhern Richter devolvirt.“

19) Const. 4. Cod. de tempor. act. (7. 63.) Gönner, Handbuch III. 57. §. 9.

20) Die bayer. Ger. Ordn. a. a. O. sagt: „in den Punkten, welche mit des Appellanten gravaminibus connexion haben und aus einer Quelle fließen.“ Die Anmerkungen Kreittmayrs hierzu sagen unter Beziehung auf Stryk, de commun. appell. Cap. III. §. 63 u. 67. auf deutlichere Weise: „Es sollen keine puncta separata, sondern connexa seyn, dergestalt, daß sie ex una causa petendi, ex eodem contractu, delicto, vel negotio fließen.“ — Stryk, in der allegirten Stelle sagt: Distinguendum tamen omnino hoc est, an sententia, a qua pro parte tantum appellatum, plura contineat capitula connexa, an vero capitula separata. Connexio autem aestimanda imprimis est non ex rebus, sed ex causa petendi. — Vergl. übrigens Thibaut Pand. §. 1251.

Intention des Appellanten entgegen und nicht unzulässiges Novum ist. War z. B. der Klage entgegengesetzt, daß der angerufene Richter nicht zuständig, aber auch die Klage obscur sey, verwirft dann der Richter die erste dieser Einreden, erklärt aber die zweite für begründet und appellirt dagegen der Kläger, so kann der Verklagte darüber adhäriren, daß der Richter sich für competent erklärte, denn die Frage über die Zuständigkeit des Richters und die Frage über die Deutlichkeit der Klage beziehen sich beide darauf, ob dieselbe Klage vor dem angerufenen Richter zu verhandeln sey. 2) Wenn in der vorigen Instanz a) die Zulässigkeit der Klage bestritten, aber vom Richter angenommen und b) in der Hauptsache — definitiv oder interlocutorisch — entschieden wird, so eröffnet die Appellation über den einen dieser Punkte das Recht zur Adhäsion über den andern, denn die Fragen über eie Hauptsache und über die Zulässigkeit der Klage hierüber sind prozessualisch aufs innigste verbunden. (Vgl. auch oben §. 4.) Wenn z. B. die als obscur angefochtene Klage eventuell auch abgeläugnet wird und der Richter unter Verwerfung der Einrede der Obscurität auf Beweis des Klagegrundes erkennt, der Kläger aber gegen die Fassung des Beweissatzes appellirt, so muß dem Verklagten frei stehen, die Einrede der Obscurität im Wege der Adhäsion zu verfolgen [21]), ja es muß dies um so mehr stattfinden, als gerade die Frage über die Deutlichkeit der Klage auf die Fassung des Beweissatzes wesentlichen Einfluß hat. Aehnlich verhält es sich, wenn der Klage die Einrede entgegengesetzt wird, der Kläger habe nicht personam standi in judicio und der Richter mit Verwerfung dieser Einrede in der Hauptsache erkennt. [22]) 3) Es ist oben §. 6. gesagt, daß wenn

21) In dieser Art entschied das Oberappellationsgericht zu München. S. Blätter für Rechtsanwendung, Bd. IX. S. 128.

22) Auch in dieser Art hat das O.A.Ger. zu München erkannt. — Aehnlich ist auch der Fall, wenn eine exceptio litis ingressum impediens verworfen und auf Beweis des Klagegrundes erkannt wird.

mehrere selbstständige Klagen cumulirt sind, die Berufung wegen der einen zur Adhäsion wegen der andern nicht berechtige. Verschieden hiervon ist aber der Fall, wenn zwar aus derselben Thatsache, jedoch aus verschiedenen Rechtsverhältnissen, oder auch aus demselben Rechtsverhältnisse mehrere Klagen zulässigerweise cumulirt sind und der Richter in der einen Klage zum Nachtheile des Klägers, in der andern zum Nachtheil des Verklagten erkannt hat. Hier muß die Appellation des einen Theils die Folge haben, daß der andere Theil adhäriren kann, weil es sich von der Entscheidung über die Rechtsverhältnisse aus derselben Thatsache oder über die Folgen aus demselben Rechtsverhältnisse handelt. Wird z. B. ein Testament in derselben Klage als nichtig, eventuell bezüglich der directen Erbeinsetzung als ungültig angefochten, verwirft der Richter den Klagegrund der Nichtigkeit, setzt aber bezüglich des eventuellen Klagegrunds einen Beweissatz fest und appellirt der Verklagte, weil er auch im letztern Punkte von der Klage entbunden seyn will, so kann Kläger mit der Adhäsion die Nichtigkeitsklage verfolgen. [23]) 4) Sind nebst der Hauptsache auch Pertinenzen, nebst dem Capital auch Zinsen hieraus eingeklagt, so berechtigt die Appellation in einem dieser Punkte zur Adhäsion im andern, weil beide aus demselben Rechtsverhältnisse abstammen, welches nun der Oberrichter zu würdigen hat. [24]) 5) Wenn der Kläger wegen der Beweisauflage im Klagpunkte sich beschwert, so kann der Verklagte, dessen Einreden gegen jene Klage verworfen wurden, wegen dieser Verwerfung adhäriren, denn Klage und Einrede betreffen dasselbe Rechtsverhältniß. [25]) 6) Wenn die vorige Instanz auf Be-

---

23) In dieser Art erkannte das O. App. Gericht zu München. Blätter für Rechtsanwendung, Bd. IX. S. 399.

24) Auch in dieser Art erkannte dasselbe OAGer. Blätter f. Rechtsanwend. a. a. O.

25) Erkenntniß des OAGer. zu München. Blätt. f. R. A. a, a. O. S. 400.

weis des Klagegrundes erkannte und Verklagter hiegegen appellirt und auf Entbindung von der Klage anträgt, so kann Kläger adhäriren und schon jetzt Verurtheilung des Verklagten verlangen. [26]) 7) Ist einem Theil auferlegt, zwei Beweissätze cumulativ zu erweisen, und wird wegen des einen dieser Sätze appellirt, so kann Appellat wegen des andern Satzes adhäriren. [27]) 8) Wird nach geschlossenem Beweisverfahren auf einen Eid erkannt und hiegegen von einem Theil appellirt, so kann der andere darüber adhäriren, daß nicht zu seinen Gunsten definitiv erkannt wurde. [28]) 9) Wird im Endurtheil dem Kläger nur ein Theil seiner Forderung zuerkannt, so kann, wenn Kläger appellirt, weil ihm nicht mehr zuerkannt wurde, der Verklagte deshalb adhäriren, weil dem Kläger nicht weniger zuerkannt worden. Ebenso verhält es sich im umgekehrten Falle.

Darauf, daß im Erkenntnisse die verschiedenen Theile desselben, über welche appellirt und adhärirt wird, in verschiedenen Absätzen (Nummern) vorgetragen sind, kann als auf eine blos zufällige Form der Urtheilsfassung bei der Frage über Zulässigkeit der Adhäsion nichts ankommen, und wer Idendität des Punktes, über welchen adhärirt wird, mit jenem verlangen wollte, welcher Gegenstand der Appellation ist, der würde das Recht zur Adhäsion dahin beschränken, daß es nur ein Recht auf das wäre, was der Oberrichter, wie unten vorkommen wird, schon vermöge seines Amtes mittelst der reformatio in pejus zu thun hat: das Recht zur Adhäsion wäre dann ein überflüssiges Recht. [29])

---

26) Erkenntniß des O. A. Ger. zu München. S. Seuffert, Commentar zur bayerischen Ger. Ordn. Bd. IV. S. 106.

27) Erkenntniß desselben Gerichtshofs.

28) Erkenntniß desselben Gerichtshofs.

29) Seuffert, Comment. a. a. O. S. 105. 106.

§. 8.

Erst nachdem über die Zuläſſigkeit der Adhäſion das hieher Erforderliche geſagt iſt, kann die Frage über die Zuläſſigkeit einer reformatio in pejus erörtert werden, denn hier und dort handelt es ſich von einer Abänderung des Urtheils voriger Inſtanz zum Beſten des Appellaten, welcher das Rechtsmittel rechtzeitig zu ergreifen unterlaſſen hat: dort von der Abänderung auf ſeinen Antrag, hier von der Abänderung ohne ſeinen Antrag. [30])

§. 9.

Vor Allem muß man den hier und da als **reformatio in pejus** dargeſtellten Fall ausſchließen, wo der Oberrichter bemerkt, daß das ganze Verfahren oder ein Theil deſſelben an unheilbarer Nichtigkeit leidet und wo er deshalb das Verfahren — ganz oder theilweiſe, ſoweit nämlich dieſe Nichtigkeit reicht — aufhebt. [31]) Hier iſt von einer wahren **reformatio in pejus** nicht die Rede, auch wenn die Nichtigkeitserklärung dem Vortheile des Appellaten entſpricht, denn es erfolgt keine eigentliche Abänderung des Urtheils, ſondern eine Aufhebung; es erfolgt in der Sache ſelbſt keine Freiſprechung oder Verurtheilung und die Aufhebung erfolgt ſelbſt dann, wenn ſie wider die Abſicht und wider die Anträge der Parteien iſt. Wenn z. B. der Oberrichter findet, daß eine vom Unterrichter verhandelte und entſchiedene Sache keine Juſtizſache iſt, ſo muß er das Verfahren mit dem Erkenntniſſe als nichtig aufheben, unbekümmert, ob dieß zum Vortheile oder zum Nachtheile des Appellanten gereicht. [32])

30) Iſt die Adhäſion an ein Fatale gebunden und wird die Adhäſionsſchrift zu ſpät eingereicht, ſo bleibt noch immer die reformatio in pejus übrig, ſoweit ſie begründet iſt.

31) Ordnet der Oberrichter bei heilbarer Nichtigkeit die Hebung eines Mangels an, ſo kann dies eine reformatio in pejus gar nicht genannt werden.

32) Pufendorf, obs for. tom. I obs. 119. §. 6. Zu Rhein, Jahrbücher des gem. deutſch. bürgerl. Proz. Bd. I. S. 294. 306. Von der Nahmer, a. a. O. Num. 2. Seuffert, Comm. üb. die bayeriſche Ger. Ordn Bd. IV. S. 107.

§. 10.

Die Frage nach der reformatio in pejus setzt immer den Fall voraus, daß das durch die Berufung des Appellanten an den Oberrichter devolvirte Urtheil 1) vom Appellanten angegriffen ist, es mag nun dessen Beschwerde gegründet seyn oder nicht; 2) dem Appellaten eine Beschwerde zugefügt, dieser aber deshalb weder im Wege der Appellation, noch im Wege der Adhäsion auf wirksame Weise [33]) sich an den Oberrichter gewendet hat. [34])

§. 11.

Es ist nun die Frage, ob in Fällen dieser Art der Oberrichter das Recht zu einer reformatio in pejus habe?

Man kann dieses Recht auffassen:

A. in der Art, daß der Oberrichter berechtigt ist, in Beziehung auf Alles zum Nachtheil des Appellanten zu erkennen, was das ganze Erkenntniß der vorigen Instanz zur Beschwerde des Appellaten verfügt hat; absolut unbeschränktes Recht zur reformatio in pejus (§. 12).

B. in der Art, daß zwar der Oberrichter berechtigt ist, zum Nachtheil des Appellanten zu erkennen, jedoch nicht in Beziehung auf das ganze Erkenntniß, sondern nur in Beziehung auf jenes Rechtsverhältniß, wegen dessen die Appellation ergriffen ist, in dieser Beziehung aber ohne Einschränkung auf jene speciellen Punkte, wegen welcher Appellant das Rechtsmittel ergriffen hat; relativ unbeschränktes Recht zur reformatio in pejus (§. 13).

C. in der Art, daß der Oberrichter lediglich in Beziehung auf die speciellen durch die Appellation an ihn gebrachten Punkte des Erkenntnisses der vorigen

33) Die Appellation oder Adhäsion kann ergriffen, aber wegen eines Formfehlers unzulässig seyn.

34) Mittermaier, im Archiv a. a. O. S. 88.

Instanz das Recht hat, zum Nachtheil des Appellanten zu erkennen: beschränktes Recht zur reformatio in pejus (§. 14 f.).

§. 12.

Für ein absolut unbeschränktes Recht zur reformatio in pejus könnte man sich darauf beziehen, daß jeder Richter, also auch der Oberrichter, das Urtheil dem durch die Verhandlungen dargestellten Sachverhältnisse gemäß erlassen soll — causa secundum jura decidatur [35]), wie Nov. 49. Cap. 1. sagt [36]); daß ferner die gehörig eingewendete und gehörig fortgesetzte Appellation gemeinschaftlich wird und das römische Recht [37]) dem Appellanten sogar gestattet, bei der Verhandlung über seine Appellation diese auch mit neuen Gründen zu vertheidigen, mithin diese zur Förderung des materiellen Rechts gegebene Vorschrift wegen Gleichheit der Rechte der Parteien auch dahin deute, daß der obere Richter das, was nach der Actenlage für den Appellaten spricht, von Amtswegen berücksichtige und hiernach den Urtheilsspruch erlasse.

Allein man kann gewiß das Recht zur reformatio nicht weiter ausdehnen, als dem Appellaten das Recht zur Adhäsion zusteht und was oben §. 6 u. 7 dafür gesagt wurde, daß Appellat nur soweit die Adhäsionsbefugniß habe, als das Rechtsverhältniß reicht, wegen dessen die Appellation ergriffen ist, das wirkt um so mehr gegen ein absolut unbedingtes Recht des Oberrichters zur reformatio in pejus. Das Begründete kann nicht weiter reichen, als sein Grund; man würde es aber weiter reichen lassen, wenn man dem Oberrichter das Recht zur reformatio in pejus bezüglich solcher Theile eines Erkenntnisses einräumen wollte, welche von keiner Partei durch

---

35) Die Vulgata sagt: causam suscipiat ex jure decretum. Obiger Auszug ist aus Hombergks Version.

36) In ähnlicher Art spricht sich die Nov. 126. Cap. 2 aus. S. unten §. 15.

37) Fr. 3. §. 3. D. de appell. (49. 1.)

Appellation oder Adhäsion an ihn gebracht wurden. Eben darum aber, weil nicht alle Theile des Erkenntnisses an ihn devolvirt sind, kann auch davon die Rede nicht seyn, bezüglich der nicht an ihn devolvirten Theile sein Amt zu üben und das Recht der Actenlage gemäß auszusprechen. Allerdings wird die eingewendete und fortgesetzte Appellation gemeinschaftlich; aber es kann nichts gemeinschaftlich werden, was nicht vorhanden ist, also ein Rechtsmittel nicht über Punkte gemeinschaftlich werden, über welche es nicht eingewendet ist. Daraus aber, daß der Appellant seine Berufung bei der Verhandlung mit neuen Gründen vertheidigen darf, folgt ebensowenig ein unbedingtes Recht zur **reformatio in pejus**, als ein Recht des Appellanten, seine Berufung bei der Verhandlung auf solche Punkte auszudehnen, wegen welcher von ihm das Berufungsfatale versäumt worden ist. Auch die bekannte **Const. 39. pr. Cod. de appell.** begründet kein absolut unbedingtes Recht zur **reformatio in pejus**, denn nachdem dort, wie oben §. 6 gesagt, das Recht des Appellaten zur Adhäsion festgesetzt ist, fährt jene **Lex** fort: **Sin autem absens fuerit**[38], **nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.** Schon in den Worten: **ejus partes adimplere** liegt eine Beschränkung für den Oberrichter, nämlich die, daß er nicht weiter zum Besten des Appellaten erkennen darf, als dieser selbst mittelst einer Adhäsion hätte verlangen können. Der zufällige Umstand, daß verschiedene an sich getrennte Rechtsverhältnisse in denselben Streitacten verhandelt und daß darüber in demselben Urtheil entschieden worden, kann nicht von Einfluß seyn, weil er nur formell ist, und wenn bei solcher Cumulation nur wegen eines oder einiger Rechtsverhältnisse appellirt ist, so geht das Urtheil wegen der übrigen in Rechtskraft über, und was zum

38) Nämlich der Appellat. Jene Gesetzstelle spricht überhaupt in den erwähnten Worten nur von dem Falle der Abwesenheit des Appellaten, kann also zur Begründung des Rechts zur **reformatio in pejus** im Allgemeinen nicht gebraucht werden.

Vollzug dieser rechtskräftigen Theile geschieht, ist kein Attentat. [39])

§. 13.

Ein relativ unbeschränktes Recht zur **reformatio in pejus**, nämlich ein Recht des Oberrichters, in Beziehung auf das ganze Rechtsverhältniß, wegen dessen appellirt ist, zum Nachtheil des Appellanten zu erkennen, obgleich dieser nicht wegen des ganzen Rechtsverhältnisses den Oberrichter angerufen hat, sondern nur wegen einzelner auf solches sich beziehender Punkte, könnte dem Anschein nach dadurch sich begründen lassen, daß sobald wegen eines Rechtsverhältnisses der obere Richter angerufen ist, dieses Rechtsverhältniß seiner Cognition unterliegt, und ihm gestattet seyn müsse, über das ganze Rechtsverhältniß das auszusprechen, was dem Rechte gemäß ist, und dies um so mehr, als ja auch dem Appellaten gestattet wird, über alle dieses Rechtsverhältniß betreffende Theile des Erkenntnisses zu adhäriren (oben §. 7).

Aber auch hier wird man zu weit gehen. Ob Appellat jene übrigen Punkte des Erkenntnisses sich gefallen lassen wolle, welche dasselbe Rechtsverhältniß betreffen, wegen dessen in andern Punkten von seinem Gegner appellirt wurde, liegt in seinem freien Willen und muß diesem Willen überlassen werden, so wie es ja auch seinem Willen überlassen war, ob er jene Punkte in der vorigen Instanz anbringen oder verfolgen wollte. Der Oberrichter ist nicht berechtigt, für den Appellaten Partei zu nehmen, in dessen Namen Ansprüche fortzusetzen, von denen der Oberrichter gar nicht weiß, ob Appellat sie fortsetzen will; er ist nicht berechtigt, Streitpunkte an sich zu ziehen, welche keine Partei an ihn gebracht

---

39) Mevii decis. P. VIII. dec. 258. Vergl. Linde, Proz. §. 386. Die bayer. Ger. O. Cap. 15. §. 8. erlärt als Attentat „was zu Abbruch und Nachtheil der in appellatorio rechtshängigen Sache unternommen wird.“ Die Anmerkungen hiezu lit. 9. sagen: „Was also nicht im Streit ist, oder wenigstens in appellatorio nicht mit angebracht ist, gehört nicht hieher.“

hat. Darin, daß Appellat diese Punkte oder Ansprüche nicht an den Oberrichter gebracht hat, liegt ein Verzicht des Appellaten auf Berufung und Adhäsion in diesen Punkten. Die Gemeinschaftlichkeit der Appellation kann auch hier nicht weiter wirken, als die Appellation wirkt, und sowie der Appellant dadurch, daß er gegen andere auf dasselbe Rechtsverhältniß sich beziehende Punkte des Erkenntnisses sich nicht beschwerte, diese andern Punkte in Rechtskraft übergehen ließ, so muß auch wegen Gleichheit der Rechte der Parteien angenommen werden, daß Appellat jene Punkte des Urtheils, welche vom Appellanten nicht angegriffen sind und gegen welche auch er weder im Wege der Appellation noch im Wege der Adhäsion sich beschwert hat, in Rechtskraft übergehen lassen wollte.[40])

Wende man nicht ein, daß auf diese Weise eine doppelte Art der Gemeinschaftlichkeit der Appellation entstünde, eine ausgedehntere bezüglich der Befugnisse des Appellaten, eine eingeschränktere bezüglich der Befugnisse des Richters. Die Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels ist nur eine und dieselbe und sie ist nur für die Parteien: verschieden hiervon ist aber die Frage, ob der Oberrichter alle aus derselben für den Appellaten fließenden Befugnisse suppliren darf.

Einige der oben §. 7 bezüglich der Adhäsion aufgeführten Beispiele mögen erläutern, daß der Oberrichter selbstständige Ansprüche für den Appellaten nicht fortsetzen, seine Zuständigkeit über die devolvirten Punkte des Urtheils hinaus nicht erstrecken, in dieser Beziehung in pejus nicht reformiren

---

40) Linde, im Archiv Bd. 19. S. 505. 506. gestattet dem Oberrichter die Befugniß, sowohl zu Gunsten des Appellanten, als zu Gunsten des Appellaten über die Beschwerden und Anträge der Parteien hinauszugehen. Dieses wird in der unten §. 15 vorkommenden beschränkten Art ganz richtig seyn, und Linde spricht auch im Lehrb, § 392 nur von der durch das Rechtsmittel angegriffenen Entscheidung: allein auf solche Punkte des Erkenntnisses des vorigen Richters, welche mit den devolvirten lediglich verwandt sind, wird es nicht ausgedehnt werden können. S. auch Bayer, Vorträge, zu Martin, §. 276. 291.

darf. Wenn ein Testament in derselben Klage als nichtig, eventuell bezüglich der directen Erbeinsetzung als ungültig angefochten wird, der Richter den Klagegrund der Nichtigkeit verwirft, bezüglich des eventuellen Klagegrunds aber dem Kläger Beweis auferlegt und hiegegen der Verklagte appellirt, weil er auch im letztern Punkte von der Klage entbunden seyn will, so kann Kläger mit der Adhäsion die Nichtigkeitsklage noch verfolgen. Thut er nun aber dieses nicht, so legt er unzweideutig an den Tag, daß er die Nichtigkeitsklage nicht weiter verfolgen, das Urtheil in dieser Beziehung in Rechtskraft übergehen lassen wolle. Der Oberrichter kann ihm die Vortheile der Nichtigkeitsklage nicht aufdringen, ja er würde vielleicht ihn in große Verlegenheit setzen, wenn er von Amtswegen den Grund der Nichtigkeitsklage zum Beweis aussetzen wollte, während der Kläger hiefür keine Beweismittel hätte, also entweder sogleich dieser Klage entsagen und auch die vermehrten Kosten tragen, oder sich als beweisfällig erklären und in die Kosten verurtheilen lassen müßte. Wenn nebst der Hauptsache auch Pertinenzen, nebst dem Capital auch Zinsen eingeklagt sind, der Richter nur wegen der Hauptsache oder nur wegen des Capitals auf Beweis erkennt, weil er den Anspruch auf Pertinenzen oder auf Zinsen für unbegründet erklärt, so kann, wenn Verklagter appellirt und von der Klage gänzlich entbunden seyn will, der Kläger wegen Pertinenzen oder Zinsen adhäriren; der Oberrichter würde aber zu weit gehen, wenn er auch wegen der Pertinenzen oder Zinsen ohne Appellation oder Adhäsion des Klägers den Verklagten verurtheilen oder deshalb auf Beweis erkennen wollte. [41]) —

---

41) Diese Frage ist nicht mit der zu verwechseln, ob der Richter erster Instanz von Amtswegen dem Kläger oder der höhere Richter von Amtswegen dem in der Hauptsache appellirenden Kläger Zinsen zuerkennen könne. Hierüber bestimmt bejahend die bayer. Ger. Ordn. Cap. 4. §. 7. n. 6. und die Anmerkungen zu Cap. 15. §. 9. lit. 6. Auch die Praxis des gemeinrechtlichen Prozesses ist dafür.

Wenn dem Kläger, welcher aus einem und demselben Rechtsverhältnisse 500 Gulden eingeklagt hat, nur 400 Gulden zuerkannt werden, Verklagter appellirt und auch wegen der 400 Gulden Entbindung von der Klage verlangt; so kann der Kläger im Wege der Adhäsion auch auf Zuerkennung der 100 Gulden antragen: unterläßt er aber dieses und hat er auch deshalb nicht appellirt, so liegt hierin gewiß ein Verzicht auf die Fortsetzung des Streits wegen der 100 Gulden; der Verklagte hat ein Recht darauf, daß der wegen der 100 Gulden zu seinem Besten eingetretenen Rechtskraft nicht entgegengehandelt werde, und der Oberrichter kann dem Kläger von Amtswegen weder die 100 Gulden noch eine Beweislast hierüber aufdringen. [42]) Wenn der Kläger wegen der Beweisauflage im Klagepunkt sich beschwert, so kann der Verklagte, dessen Einreden gegen jene Klage alle oder zum Theil verworfen wurden, wegen jener Verwerfung adhäriren: wenn oder soweit er aber nicht adhärirt und auch nicht appellirt hat, so wird das Erkenntniß wegen aller Einreden rechtskräftig, wegen welcher weder appellirt noch adhärirt ist; denn so wie der Verklagte auf die Einreden verzichten konnte, so kann er auch auf die Berufung oder Adhäsion wegen solcher verzichten und dieser Verzicht liegt auf die concludenteste Weise in der Unterlassung der Appellation und Adhäsion. [43]) — Wenn nach geschlossenem Beweisverfahren im Klagepunkt auf einen Eid und eventuell im Einredepunkt ebenfalls auf einen Eid erkannt, oder wenn der Beweis im Klagepunkt für geliefert erachtet, wegen der Einrede aber noch ein Eid für zulässig oder für erforderlich erachtet wird, so berechtigt die Appellation in dem einen Punkte den Appellaten zur Adhäsion im andern Punkte: wenn aber Appellat in diesem Punkte weder appellirt noch adhärirt hat, so kann der Oberrichter über diesen an ihn nicht gebrachten Punkt nicht aus dem Grunde

42) Vergl. Mittermaier, a. a. O. S. 97 98.
43) Seuffert, Commentar zur bayer. Ger. O. Bd. IV. S. 94. 95.

von Amtswegen erkennen, weil der andere Punkt an ihn devolvirt ist[44]); es geht also z. B. nicht an, wenn der vorige Richter den Beweis im Klagepunkt für geliefert erachtet und wegen der Einrede auf den Erfüllungseid erkannt hat, daß der Oberrichter, an welchen der Kläger appellirt und im Einredepunkt um Zuerkennung des Reinigungseides gebeten hat, hieraus Veranlassung nehme, den Klagepunkt nochmals zu prüfen und in solchem erst auf einen Eid zu erkennen, denn es liegt wegen Beruhigung beider Theile darüber Rechtskraft vor, daß der Beweis über die Klage vollständig geliefert ist.

§. 14.

Während nun weder ein absolut unbeschränktes noch ein relativ unbeschränktes Recht zur reformatio in pejus sich rechtfertigen läßt, wird ein beschränktes Recht zu solcher reformatio, nämlich das Recht des Oberrichters sich vollständig rechtfertigen lassen, denselben Punkt, welcher durch die Appellation an ihn zur Entscheidung gelangt ist, ganz unbeschränkt der Actenlage und den Gesetzen gemäß zu entscheiden, wie der Richter voriger Instanz solchen hätte entscheiden sollen, also auch zum Nachtheil des Appellanten.

Man könnte zwar gegen dieses Recht einwenden: 1) der Appellant hat gewiß die Absicht nicht, durch seine Berufung sich zu schaden und dem Gegner zu nützen; von ihm ist also der Oberrichter nicht angerufen, zum Besten des Appellaten zu erkennen; 2) der Appellat hat den Oberrichter gar nicht angerufen, also auch nicht um ein Erkenntniß zu seinem Be-

44) In einer Entschädigungsklage wegen Verwundung hatte Kläger die Verwundung durch Verklagten und den Betrag der ausgelegten Kurkosten zu beweisen. In erster Hinsicht kam die Frage über Erfüllungseid oder Reinigungseid an das Oberappellationsgericht zu München, welches über diese Frage entschied, ohne sich auf die durch keine Beschwerde devolvirte Frage einzulassen, ob und wie weit der Beweis über den Betrag der ausgelegten Kurkosten geliefert sey.

sten; gegen den Appellaten ist das Urtheil sonach rechtskräftig; 3) es wäre gegen die Verhandlungsmaxime, wenn der Oberrichter ein Erkenntniß erlassen wollte, um welches er nicht angerufen ist.

§. 15.

Geht man indessen näher in die Natur der Sache ein, so zeigt sich, daß diese Gründe nur Scheingründe sind. Richtig ist es, daß der Appellant die Absicht nicht hat, durch seine Berufung dem Gegner zu nützen und daß von ihm keine Aufforderung an den Oberrichter geschieht, zum Besten des Appellaten zu erkennen. Aber als eben so richtig wird man zugeben müssen, daß dem Appellanten kein Recht zustehen kann, ein ungerechtes, einseitiges, der Actenlage und dem Rechte nicht entsprechendes Erkenntniß zu verlangen. Ein solches Erkenntniß müßte aber entstehen, wenn der Oberrichter das Erkenntniß, welches er prüfen soll, bestätigen müßte, obgleich es ungerecht und für den Appellaten beschwerend ist.

Richtig ist es, daß der Appellat, welcher weder appellirte noch adhärirte, dadurch auf das Recht verzichtet hat, auf eine Aenderung des vorigen Erkenntnisses zu seinem Besten anzutragen. Darin liegt aber, besonders weil Verzichte mehr einer einschränkenden als einer ausdehnenden Erklärung unterliegen, kein Verzicht auf das Recht, vom Oberrichter ein gerechtes, unparteiisches Urtheil zu erwarten. Durch die Berufung des Appellanten ist die Rechtskraft des Erkenntnisses suspendirt; es wäre aber gegen das Princip der Gleichheit der Rechte der Parteien, dasselbe Urtheil zum Besten des einen Theils für nicht rechtskräftig, zum Nachtheil des andern Theils für rechtskräftig zu halten: ein Urtheil kann in demselben Punkte nicht zugleich rechtskräftig und unrechtskräftig seyn.

Richtig ist, daß im Civilprozeß auch der Oberrichter eine Entscheidung nicht erlassen kann, um die er nicht angerufen ist: allein der Appellant hat den Oberrichter um Entscheidung

angerufen [45]), die Appellation ist durch ihre Ausführung ein gemeinschaftliches Rechtsmittel geworden und der Oberrichter darf und muß nun erkennen nach Lage der Acten und nach den Gesetzen; er muß das actenmäßige Factum unter das Gesetz subsumiren und den Schlußsatz als Urtheil aussprechen, es mag dieses Urtheil der einen oder der andern Partei günstig seyn. Um das Urtheil ist er angerufen, und so wie der vorige Richter solches unparteiisch erlassen mußte, so muß auch der Oberrichter es unparteiisch fällen. Dieses Recht und diese Pflicht liegen in der Natur der Sache und sind auch gesetzlich sanctionirt. Jedem Richter ist in der Auth. Jubemus Cod. de judiciis (3. 1.) befohlen, durchgängig den Gesetzen und Gewohnheiten gemäß zu erkennen. [46]) Causae cognitor sententiam *omnibus modis* legibus et moribus consonantem proferat. Dem Oberrichter insbesondere ist keine hievon abweichende Vorschrift gegeben; im Gegentheil die schon oben §. 12 erwähnte Nov. 49. Cap. 1. verordnet, daß der Richter die im Wege der Appellation an ihn devolvirte Sache den Rechten gemäß entscheiden soll und die wenn gleich nicht glossirte, aber doch zur Darlegung des Sinnes der Nov. 49. Cap. 1. dienende Nov. 126. Cap. 2. drückt dieses wiederholt aus, indem sie festsetzt: a) wenn bei der Appellation beide Theile die vorgeschriebenen Fristen beobachtet haben, so soll der Oberrichter die Acten und das Erkenntniß der vorigen Instanz untersuchen und ein mit Gesetz und Recht übereinstimmendes Urtheil erlassen

---

45) Der Satz: ne ultra petita, paßt auch um deswillen hieher nicht, weil hier nicht davon es sich handelt, dem Appellanten mehr zuzuerkennen, als er gebeten hat. Vergl. unten §. 19.

46) Die bayer. Ger. Ordn. sagt Cap. 15. §. 7. n. 7. eben so wie obenbemerkte Authentika: „Soll der Richter in facto lediglich nach dem, was actenmäßig und legaliter bekannt ist, in jure aber nach den vorgeschriebenen Rechten, Statuten, Freiheiten und jedes Orts hergebrachten löblichen Gewohnheiten richten und urtheilen.“

— lege ac jure consentaneam depromere sententiam. b) wenn bloß ein Theil erscheint, und die gesetzlichen Fristen abgewartet sind, so soll der Richter in Gegenwart dieser einzigen Partei — vel una tantum parte praesente — die Acten und das Erkenntniß untersuchen und wenn er es für richtig erlassen findet, bestätigen — si recte prolatam sententiam invenerit, eam confirmet: wenn aber etwas übersehen ist, soll er es verbessern und eine gesetzliche Entscheidung geben — id corrigat et legitimam edat sententiam. [47])

§. 10.

Vergebens sieht man sich auch im gemeinrechtlichen Prozeß nach einem Gesetze um, welches die reformatio in pejus besonders in obiger beschränkten Art verbietet. [48]). Nur in der Natur der Devolutivkraft liegt es, daß der Oberrichter über nichts weiter entscheiden darf, als über diejenigen Punkte, wegen welcher um Ausübung seines Amtes gebeten ist: daß er in dieser Ausübung zum Besten einer Partei beschränkt sei, ist nirgends verordnet.

Jene Praktiker, welche sich so ganz ängstlich an den Satz halten, daß man nicht in pejus reformiren soll, kommen auch

47) Die bayer. Ger. Ordn. Cap. 15. §. 11. num. 8. sagt, daß mit Verfassung der Appellations-Sentenz eben so wie mit der Sententia a qua durchgehends verfahren werden soll. — Vergl. damit die vorige Note.

48) Auch die baierische Gerichtsordnung enthält kein Verbot der reformatio in pejus Sie bestimmt Cap. 15. §. 9. num 1.: „Durch die Appellation wird die Streitsache nach Maasgabe der eingewendeten „Special-Gravaminum" nebst Allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt. Die Anmerkungen hiezu lit b. mißbilligen nur die Ansicht, als ob durch die Appellation die ganze Sache, welche vormals vor dem unteren Gerichte gehangen, an den höhern Richter devolvirt werde: sie sagen dagegen, unter Beziehung auf Mevii dec. P. I dec 65. n. 4, daß der Oberrichter lediglich an das Objectum gravaminis gebunden sey.

oft in die größte Verlegenheit und die unten §. 19. u. folg. vorkommenden Beispiele werden großentheils Belege dafür seyn, welche Unregelmäßigkeiten und Verwickelungen entstehen müßten, wenn man jenen Satz unbedingt anwenden wollte.

Zuweilen will man sich in der Praxis dadurch helfen, daß man, wenn das Urtheil ungerecht, aber nur dem Appellaten nachtheilig ist, die Appellation abweist. Allein die Formel der Abweisung einer Klage oder einer Appellation ist nur zu gebrauchen, wenn der Richter oder Oberrichter die Klage oder die Appellation wegen eines Formfehlers zurückweißt, [49] ohne das Materielle zu prüfen, oder wenn er sie so ganz unbegründet findet, daß er gar keine Verhandlung oder keine Appellationsprozesse erkennt. Ist über die Klage verhandelt oder sind Appellationsprozesse erkannt, so muß der Richter ein wirkliches Urtheil in der Sache fällen und in erster Instanz das Recht zu- oder aberkennen [50] — in der höheren Instanz entweder bestätigen, oder abändern, oder auch erklären; [51] im Falle der Abänderung oder einer Erklärung hat der Oberrichter so zu erkennen oder zu erklären, wie der vorige Richter das Erkenntniß hätte fassen sollen.

Die Gesetze rechtfertigen nirgends die Formel der Abweisung einer Appellation auf den Grund einer materiellen Prüfung: im Gegentheil **Const. 6. pr. Cod. de appell. (7. 62.)** will, daß der Oberrichter die Appellation für rechtmäßig oder für unrechtmäßig erkläre — **provocationem vel injustam tantum liceat pronunciare, vel justam**, und die §. 15. erwähnte **Nov. 126. Cap. 2.** bedient sich der Ausdrücke: **confirmet — corrigat.** [52]

49) Heffter, a. a. O. §. 455.

50) Wenn dem Kläger das angesprochene Recht aberkannt wird, gebraucht man gewöhnlich die Formel: „den Verklagten von der Klage zu entbinden."

51) Heffter, a. a. O.

52) Die bayerische Gerichtsordnung sagt ebenfalls kein Wort von

Die älteren Praktiker kennen ebenfalls die Form der Abweisung nicht, vielmehr drücken sie sich materiell aus: selbst in ihrer Eingangs-Formel: „wohl gesprochen, übel appellirt" oder „übel gesprochen, wohl appellirt" liegt eine materielle Entscheidung, keineswegs eine Abweisung.[53])

Ist daher nur über einen Theil eines Erkenntnisses sich im Wege der Appellation an den Oberrichter gewendet, so hat dieser zwar in seinem Erkenntniß eine solche Formel zu wählen, daß daraus hervorgeht, er habe nur über den an ihn devolvirten Theil des vorigen Erkenntnisses erkannt;[54]) bezüglich dieses devolvirten Theils aber muß er sich in einer Formel aussprechen, welche eine materielle Entscheidung enthält.

§. 17.

Nach der bisherigen Ausführung kann und muß der Oberrichter über den speciellen Punkt, welcher durch die Appellation zu seiner Entscheidung gebracht ist, ganz unbeschränkt der Actenlage und den Gesetzen gemäß so entscheiden, wie der Richter voriger Instanz diesen Punkt hätte entscheiden sollen, mag nun diese Entscheidung zum Vortheil oder zum Nachtheil des Appellanten gereichen. Dieses Recht und diese Pflicht des Oberrichters erstrecken sich auf den devolvirten Punkt nach dessen ganzen Umfang und in Beziehung auf alle dessen Folgen[55]) und der Oberrichter, eben weil er dem Gesetze und Rechte gemäß so erkennen muß, wie der vorige Richter in diesem Punkte hätte erkennen sollen, muß den spe-

Abweisung: im Gegentheil, sie verordnet Cap. 15 §. 11 num. 2. daß, sobald der Oberrichter in der Hauptsache spricht, er das vorige Erkenntniß zum Theil oder ganz bestätigen, reformiren, oder erklären soll. S. Blätter für Rechtsanwendung, Band V. S. 238.

53) Hommel, deutscher Flavius, bei den Worten: Appellation, Confirmatoria, Reformatoria.

54) Gewöhnlich sagt man, daß das vorige Erkenntniß, soweit dagegen appellirt (revidirt) worden, bestätigt — abgeändert — werde.

55) „Sammt Allem, was davon abhängt," sagt ganz treffend die bayerische Gerichtsordn. Cap 15. §. 9. num. 1

ciellen devolvirten Punkt in seinem Zusammenhange mit der ganzen streitigen Rechtssache im Auge haben, ohne jedoch sich dadurch verleiten zu lassen, andere specielle, obgleich mit dem devolvirten Punkte nur verwandte Punkte zu entscheiden, welche weder durch Appellation noch durch Adhäsion an ihn devolvirt sind.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze ist zwar im Allgemeinen kein Unterschied, ob Endurtheile oder Zwischenurtheile in Frage stehen, denn es beruhen diese Grundsätze nicht bloß auf den römischen Gesetzen über Zulässigkeit der Appellation gegen Endurtheile (oben §. 3.); sie sind vielmehr in der Natur der Sache und in den Gesetzen über die Wirkung der Appellation und über die Rechte und Pflichten des Oberrichters gegründet: in der Anwendung dieser Grundsätze ist jedoch bei Endurtheilen ein weit einfacheres Verhältniß, als bei Zwischenurtheilen.

§. 18.

Ist gegen ein Endurtheil appellirt, so ist fast immer das Verhältniß ganz einfach, weil gewöhnlich der Appellant um ein Erkenntniß bittet, welches dem Erkenntnisse der vorigen Instanz geradezu entgegen lautet.

Appellirt der Kläger, so kann dieß nur seyn, wenn er keinen ganz vollständigen und unbedingten Sieg erhalten hat, denn im Falle solchen Sieges hätte er keine Beschwerde. Er kann sich also nur beschweren, a) wenn er ganz unterlegen, d. h. wenn der Verklagte unbedingt von der Klage entbunden, oder wenn Kläger mit Vorbehalt einer neuen Klage unterlegen ist, b) wenn ihm nicht Alles zuerkannt worden, was er verlangt hat, c) wenn ihm das, was ihm zuerkannt wurde, nicht ganz unbedingt oder nur mit einem Vorbehalt zuerkannt worden ist. a) Beschwert er sich, weil er ganz unterlegen ist, so hat Verklagter gänzlich obgesiegt und da ein besseres Erkenntniß für Verklagten nicht erlassen werden kann, so ist eine **reformatio in pejus** undenkbar. Beschwert er sich, weil er

unterlegen und ihm nur eine neue Klage vorbehalten ist, [56]) so ist eine reformatio in pejus in der Art möglich, daß der Verklagte unbedingt und ohne Vorbehalt einer neuen Klage für den Kläger von der Klage entbunden wird. Der Oberrichter hat hier eben so, wie der Unterrichter thun mußte, zu prüfen, ob die angebrachte Klage begründet sei und so wie der Unterrichter, wenn er sie gänzlich unbegründet und keine bestimmten Gründe dafür findet, daß dem Kläger eine andere Klage zustehen werde, unbedingt auf Entbindung von der Klage zu erkennen und nur dann von der Klage angebrachtermaßen zu entbinden oder dem Kläger eine andere Klage vorzubehalten hat, wenn solcher Vorbehalt aus den Acten sich rechtfertigt, [57]) eben so muß auch der Oberrichter sein Urtheil fällen, mithin für den Fall, daß der Unterrichter die Beschränkung mit Unrecht beigefügt hat, solche aufheben und in pejus erkennen; er kann das aber nicht, wenn für die Beschränkung Gründe in den Acten liegen oder doch Zweifel deßhalb obwalten, oder von einer nicht devolvirten Klage die Rede ist. Als Allodialerben, bei der separatio feudi ab allodio, mit dem Anspruch auf ein Grundstück, welches die Lehensfolger besaßen, ad separatum verwiesen wurden, während die Lehenseigenschaft in den Acten bereits klar vorlag und als hiegegen die Allodialerben appellirten, erkannte das oberste Tribunal zu Hannover in pejus, indem es die Lehensfolger von der Klage unbedingt entband, und Pufendorf, welcher diesen Fall erzählt, sagt dabei ganz richtig: Officium judicis est, finem litibus imponere. [58]) Die Frage über die Eigenschaft des Grundstücks als Lehen oder als Allod war in der ersten Instanz Streitgegenstand und verhandelt; der vorige Richter

---

56) Hierher gehört auch der Fall, wenn von der Klage „so wie sie angebracht ist" entbunden wird; aber freilich nur bezüglich der devolvirten Klage.

57) Blätter für Rechtsanwendung, Bd. VI. S. 244. Seuffert, Commentar zur bayer. Ger.-Ordn. Bd. III. S. 364.

58) Pufendorf, obs. tom. II. obs. 119. §. III.

hätte schon unbedingt von der Klage entbinden sollen und als nun der Kläger die Frage über die Entbindung an die höhere Instanz brachte, so mußte der Actenlage und dem Gesetze gemäß unbedingte Entbindung ausgesprochen werden. — Als dagegen ein Notherbe ein Testament mit der Nichtigkeitsklage anfocht, ohne eventuell die **actio suppletoria** zu cumuliren und als dann der Richter den Verklagten von der Nichtigkeitsklage in der angebrachten Art entband, weil die Nichtigkeitsklage ungegründet, die suppletorische Klage nicht angestellt sey, so wurde vom Oberappellationsgerichte zu München auf Berufung des Klägers darüber, daß Verklagter von der Nichtigkeitsklage entbunden worden, lediglich auf Bestätigung des Urtheils voriger Instanz erkannt und auf die Frage, gar keine Rücksicht genommen, ob vielleicht auch die suppletorische Klage unbegründet und sonach in **pejus** unbedingte Entbindung von der Klage auszusprechen sey: die suppletorische Klage war nämlich ein von der Nichtigkeitsklage verschiedener Punkt, mit jener nicht unzertrennbar verbunden, setzte vielmehr theilweise ein anderes factisches Verhältniß, namentlich in Hinsicht auf die Zahl der Notherben und auf die Größe des Nachlasses voraus [59]) und über diese Klage war der Oberrichter nicht angerufen. b) Ist dem Kläger nicht Alles zuerkannt worden und er appellirt und will, daß ihm auch das Aberkannte ganz oder doch zum Theil zuerkannt werde, so kann die **reformatio in pejus** nur in der Art gedacht werden; daß der Oberrichter, ohne deßhalb vom Appellaten angerufen zu seyn, dem Kläger einen Theil desjenigen absprechen wollte, was die vorige Instanz demselben zuerkannt

---

59 Eben deßhalb hätte der vorige Richter unbedingt von der Nichtigkeitsklage entbinden sollen, weil die suppletorische Klage gar nicht gestellt war, also die Rechtskraft bezüglich der Nichtigkeitsklage der Anstellung der suppletorischen Klage nicht entgegenstehen konnte. Die **exceptio rei judicatae** steht nur entgegen, wo **idem jus, eadem causa petendi, eadem conditio personarum, idem corpus** vorhanden ist, **et nisi omnia concurrunt, alia res est. Fr. 12. 13. 14 D. de except. rei jud. (44 2.)**

hatte. Hier ist nun zwischen theilbaren und untheilbaren Gegenständen zu unterscheiden. Ist das, was die vorige Instanz dem Kläger abgesprochen und weßhalb dieser appellirt hat, mit dem, was sie demselben zugesprochen, nicht unzertrennbar verbunden, [60]) dann ist auch der dem Kläger zugesprochene Theil zu dem, was an den Oberrichter devolvirt ist, nicht gehörig, also auch nicht an den Oberrichter devolvirt und dieser kann, weil weder ein absolut unbeschränktes, noch ein relativ unbeschränktes Recht zur reformatio in pejus statt findet (oben §. 12. 13.), dem Kläger nichts von dem aberkennen, was demselben in der vorigen Instanz zuerkannt worden. Sind von einer Forderung zu 500 Gulden dem Kläger in der vorigen Instanz 400 Gulden zuerkannt, 100 Gulden aberkannt, und appellirt er wegen dieser 100 Gulden, ohne daß der Verklagte wegen der 400 Gulden appellirt oder adhärirt, so steht rechtskräftig fest, daß Verklagter dem Kläger 100 Gulden zu zahlen habe und der Oberrichter kann wegen dieser 400 fl. nicht in pejus reformiren. Wenn aber der Gegenstand untheilbar ist und der Oberrichter über den devolvirten Punkt nicht erkennen kann, ohne auch über das mit zu erkennen, was dem Kläger zuerkannt ist, so muß auch hierüber eine reformatio in pejus möglich seyn, weil der Richter über den devolvirten Punkt der Actenlage und dem Gesetze gemäß zu erkennen hat. [61]) c) Ist dem Kläger das, was ihm zuerkannt wurde, nur unter einer Bedingung [62]) oder mit einem Vorbehalt [63]) zuerkannt und er appellirt wegen der Bedingung oder wegen des Vorbehalts und will unbedingt siegen, so ist von dem Oberrichter eben so die Frage zu

---

60) Die Untheilbarkeit wird selten vorkommen.

61) Mittermaier, a. a. O. S. 97.

62) In Bayern sind Erkenntnisse, welche unter einer Bedingung zuerkennen oder aberkennen, in der Regel verboten.

63) z. B. dem Vorbehalt, die illiquiden Einreden in separato zu verfolgen.

entscheiden, ob er unbedingt oder bedingt siegen soll, wie der vorige Richter solche zu entscheiden hatte und die Frage, ob der Kläger überhaupt obsiegen kann, ist damit nothwendig verbunden. Findet nun der Oberrichter, daß dem Kläger das Recht gar nicht zusteht, so kann er es demselben weder bedingt noch unbedingt zuerkennen, sondern er muß, wenn Verklagter weder appellirt noch adhärirt hat, in pejus erkennen und dem Kläger das Recht absprechen. Es tritt auch hier ein, was Pufendorf in der oben angeführten Stelle sagt: **Judicis officium est, finem litibus imponere.**

Appellirt der Verklagte, so setzt dieß voraus, daß derselbe nicht vollständig von der Klage entbunden wurde, also das Urtheil für ihn eine Beschwerde enthalten kann. Er kann sich also nur beschweren a) wenn er ganz und unbedingt verurtheilt ist, b) wenn er mit Vorbehalt einer Nachklage verurtheilt ist, c) wenn er theilweise verurtheilt ist. a) Beschwert er sich, „daß er ganz und unbedingt verurtheilt wurde," so kann von einer reformatio in pejus die Rede nicht seyn, weil dem Kläger nicht noch mehr zuerkannt werden kann. b) Beschwert er sich über die Verurtheilung, wenn diese unter Vorbehalt einer Nachklage geschah, so kann der Oberrichter, welcher findet, daß die Verurtheilung unbedingt hätte geschehen sollen, den Vorbehalt streichen und sonach auch hier eben so in pejus reformiren, wie in den obenerwähnten ähnlichen Fällen bei der Berufung des Klägers. c) Ist eine theilweise Verurtheilung geschehen, so ist wie oben bei der Berufung des Klägers zwischen theilbaren und untheilbaren Gegenständen zu unterscheiden.

§. 19.

Ist gegen ein Zwischen-Erkenntniß appellirt, so hat der Oberrichter zwar auch nur den speciell devolvirten Punkt zu entscheiden; hier ist es aber besonders nothwendig, daß der Oberrichter diesen Punkt in seinem ganzen Umfange, mit Berücksichtigung seiner Folgen und in seinem Zusammenhange mit der ganzen streitigen Rechts-

sache auffasse. Das Zwischenerkenntniß hat das Endurtheil vorzubereiten: das Endurtheil ist es, welches die Parteien als Zweck des Verfahrens im Auge haben; der Kläger will Verurtheilung, der Verklagte Freisprechung: diese Hauptbitten darf der Richter und auch der Oberrichter in keinem Stadium des Prozesses aus dem Auge lassen; [64]) er muß immer bedenken, daß alles Andere nur Mittel zum Zweck ist und was insbesondere den Beweis betrifft, so darf kein Richter vergessen, daß das ganze Beweisverfahren nur darauf gerichtet ist, den Richter von der Wahrheit der behaupteten in dem Rechtsstreite erheblichen Thatsachen zu überzeugen. So wie nun der Unterrichter in keinem Zwischenerkenntniß etwas Unerhebliches oder Ueberflüssiges verlangen oder zulassen darf, eben so muß auch der Oberrichter, wenn ein Zwischenerkenntniß an ihn devolvirt ist, das, was in diesem Erkenntniß in Beziehung auf den devolvirten Punkt Unerhebliches oder Ueberflüssiges verlangt oder zugelassen ist, selbst dann als unerheblich oder überflüssig erklären, wenn es auch mittelst einer **reformatio in pejus** geschehen muß: er muß über den ganzen devolvirten Punkt, wie derselbe mit dem ganzen Prozeß zusammenhängt, so erkennen, wie der vorige Richter hätte erkennen sollen.

Wenn der vorige Richter das Factum einer nicht fundirten oder einer inepten Klage als Klagegrund zum Beweis aussetzt, der Kläger aber deshalb appellirt, weil der Verklagte nicht sogleich verurtheilt oder weil das Beweisthema nicht anders gefaßt wurde, so kann und muß der Oberrichter, wenn auch Verklagter nicht appellirt und nicht adhärirt hat, **in pejus** reformiren und auf Entbindung von der

64) Die baierische Gerichtsordnung sagt ganz zweckmäßig, daß der Richter über die in actis enthaltene petita, soviel das Objectum litis in der Hauptsache selbst betrifft, nicht hinausgehen soll — **Fr. 18. D. commun. div. (10. 3.)** verordnet: **Ultra id, *quod in judicium deductum* est, potestas judicis excedere non potest.**

Klage erkennen: denn da das Beweisinterlocut durch die Appellation des Klägers der Rechtskraft entzogen [65]) und an den Oberrichter zur Prüfung devolvirt ist; da der Verklagte, obgleich er weder appellirt noch adhärirt hat, doch immer durch die Fortsetzung des Streites an den Tag legt, daß er von der Klage entbunden seyn will; da endlich die Appellation des Klägers dem Verklagten gemeinschaftlich geworden ist und der Richter den Acten und den Gesetzen gemäß entscheiden soll, so muß hier der Oberrichter den devolvirten Punkt zu Gunsten des Verklagten entscheiden. [66]) Es ist hier ganz dasselbe Verhältniß, wie wenn der Richter, obgleich das Recht des Verklagten ohne weiteren Beweis klar ist, dennoch dem Kläger Beweis des Klagegrundes auflegt, hingegen nur der Kläger appellirt, der Verklagte aber nicht adhärirt. Auch hier muß der Oberrichter zu Gunsten des Verklagten, also in pejus erkennen. Als in einer petitorischen Rechtssache der Richter, obgleich ihm aus den beiliegenden Acten über den vorangegangenen possessorischen Rechtsstreit klar bewiesen vorlag, daß das angesprochene Recht dem Verklagten zustehe, dennoch dem Kläger einen Beweis auflegte und hiegegen nur der Kläger appellirte, erkannte das oberste Tribunal zu Hannover in pejus und entband den Verklagten von der Klage; Pufendorf, [67]) welcher diesen Fall mit der Bemerkung erzählt, daß öfters in dieser Art erkannt wurde, sagt: merito — ut ne probatio quidem illa inutilis admittatur. — Man würde auch im umgekehrten Falle, wenn der vorige Richter, obgleich die begründete Klage keines Beweises bedarf, dennoch auf Beweis des Klagegrundes er-

---

65) Hat ein rechtskräftiges Beweisinterlocut irrelevante Thatsachen zum Beweis ausgesetzt, so müssen diese Thatsachen wegen der Rechtskraft für erheblich geachtet werden. In obigem Falle ist aber dies Interlocut noch nicht rechtskräftig

66) In solcher Art entschied das Oberappellationsgericht zu München, s. Blätter für Rechtsanwendung Band VI. S. 47.

67) Pufendorf, l. c. §. 4.

kennt und hiegegen Kläger, aber nicht wegen der Beweisauflage, sondern nur wegen der Fassung des Beweissatzes appellirt, sogleich auf Verurtheilung des Verklagten erkennen müssen,[68]) denn es wäre dieß in der That nicht ultra petita, weil ja Kläger in der Hauptsache doch Verurtheilung des Verklagten will, und es in des Klägers Willkür nicht liegen kann, den Richter zur Instruction eines überflüssigen Beweises zu veranlassen.[69])

Wenn der vorige Richter das Factum einer fundirten Klage zum Beweis aussetzt, obgleich es keines Beweises mehr bedarf und hiegegen nur der Verklagte appellirt und entweder Entbindung von der Klage oder einen andern Beweissatz verlangt, so muß der Oberrichter in pejus reformiren und den Verklagten verurtheilen, so wie dieses schon der Unterrichter hätte thun sollen,[70]) denn Kläger will in den Acten Verurtheilung des Verklagten und es ist die Frage an den Oberrichter devolvirt, ob und welcher Beweis zu jenem Zwecke des Klägers erforderlich und zulässig sey. Ist nun kein Beweis erforderlich, so kann auch das devolvirte Interlocut, welches dennoch Beweis verlangt, nicht bestätigt, sondern es muß den Rechten gemäß erkannt werden.

---

68) In dem Falle einer nicht fundirten Klage war dennoch Beweis auferlegt; der Verklagte appellirte nicht deßhalb, weil er nicht von der Klage entbunden wurde, sondern weil er einen andern Beweissatz dem Kläger aufgebürdet haben wollte. Der oberste Gerichtshof zu München erkannte ultra petita appellationis, aber gewiß nicht ultra petita des appellirenden Verklagten auf Entbindung von der Klage. Blätter für Rechtsanw. Bd. X. S. 28.

69) Seuffert, Comm. zur bayer. Ger. Ordn. Bd. IV. S. 97. Bl. für Rechtsanwendung Bd. II. S. 109.

70) Auf ähnliche Weise reformirte das Oberappell. Ger. zu Wiesbaden in pejus. Flach, Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden. Thl. 2. Num. IV. Zwar ist dabei die großherzoglich nassauische Prozeßordnung zu Grunde gelegt, allein die Principien sind übereinstimmend mit den oben aufgestellten.

Ganz in der vorerwähnten Art verhält es sich, wenn zwar kein dem Appellanten ungünstiges Endurtheil, aber doch eine dem Appellanten ungünstige Aenderung des Beweissatzes in dem devolvirten Punkte den Acten und dem Rechte gemäß ist. Auch hier muß der Oberrichter den devolvirten Punkt dem Rechte gemäß entscheiden, mithin auch hier in pejus reformiren, wenn es dem Rechte gemäß ist, [71]) so wie er auch, wenn Appellant eine minder günstige, als die in der Actenlage und in den Gesetzen begründete Beweisauflage verlangt, die richtige Beweisauflage zu machen hat.[72]) Derselbe Grundsatz muß herrschen, wenn der Richter dem Kläger zwei Thatsachen zum Beweise desselben Anspruchs cumulativ zum Beweis aussetzt, Kläger aber sich darüber beschwert, daß er beide Sätze cumulativ beweisen soll und zum alternativen Beweise beider Sätze gelassen werden will: findet nun der Oberrichter, daß der eine von beiden Sätzen allein relevant, der andere Satz aber irrelevant ist, so muß er nur den relevanten Satz zum Beweis ausstellen, den irrelevanten aber verwerfen. [73]) Er reformirt hier in Beziehung auf den einen Satz zu Gunsten des Appellanten, weil er diesen Satz allein für relevant erklärt, in Beziehung auf den anderen Satz reformirt er insoferne in pejus, als er diesen Satz verwirft; es ist aber insoferne keine reformatio in pejus, als ein Satz allein für hinreichend erachtet wird und auf jeden Fall ist dann der devolvirte Punkt so entschieden, und mußte so entschieden werden, wie er zu entscheiden war, nämlich den Acten und dem Gesetze gemäß.

§. 20.

Von der Frage: Was ist zu beweisen? ist die Frage verschieden: Wer hat zu beweisen? Mit der ersten dieser Frage kann zwar auch die andere an den Oberrichter devolvirt seyn,

71) Blätter für Rechtsanwendung Band VIII. S. 53. Seuffert, Comm. zur bayer. Ger. Ordn. Bd. IV. S. 108.

72) Blätter für Rechtsanwendung, Bd. VIII. S. 49.

73) Also entschied das Oberappellationsgericht zu Ansbach, s. Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 190.

sie ist es aber nicht nothwendiger Weise. Bei der ersten Frage handelt es sich davon, welche Thatsachen begründen die Klage oder die Einrede und sind diese Thatsachen bestritten oder unbestritten. Die Gewißheit der relevanten Thatsachen ist erforderlich, wenn der Richter ein Recht zuerkennen oder aberkennen soll und mit der Frage über die Relevanz ist die Frage über die Gewißheit innigst verbunden.

Ob nun aber diese Gewißheit dem Richter durch einen Beweis des Klägers oder durch einen Beweis des Verklagten geliefert werde, das ist für das Endurtheil von keinem wesentlichen Einfluß.

Wenn daher nur die Frage an den Oberrichter devolvirt ist, ob und was zu beweisen sey, so kommt es hinsichtlich der Frage, wer zu beweisen habe, darauf an, ob der Oberrichter an dem Beweisinterlocut eine wesentliche Aenderung macht oder nicht. Macht er eine wesentliche Aenderung, will er z. B. statt des Beweises des Klagegrundes den Beweis einer Einrede oder will er den Beweis eines ganz andern Klagefactums oder eines ganz andern Factums einer Einrede oder den Beweis einer andern Einrede, so ist damit nothwendig die Frage verbunden, wer diesen von dem Beweissatze des vorigen Richters wesentlich verschiedenen Beweis zu liefern habe und der Oberrichter muß auch über diese Frage miterkennen. Vergl. oben §. 15. 19. Macht dagegen der Oberrichter an dem Beweissatze gar keine oder keine wesentliche Aenderung, so ist die Frage über die Beweislast nicht nothwendig mit der Frage verbunden, was zu beweisen sey; sie ist also auch nicht mit dieser Frage an den Oberrichter devolvirt, und dieser würde weiter gehen als er angerufen ist, wenn er den in voriger Instanz ausgesetzten Beweissatz ganz oder doch im Wesentlichen bestätigen, hinsichtlich der Beweislast aber in pejus reformiren wollte. [74]).

Wenn nun aber kein Theil über den Beweissatz, sondern

74) Vergl. oben §. 13.

nur ein Theil über die Beweislast appelliren würde [75]), so bildet die Frage über den Beweissatz eine nothwendige Vorfrage für die Frage über die Beweislast, sowie bei der Frage über den Beweissatz die Frage, ob überhaupt Beweis zu verlangen sey, eine nothwendige Vorfrage bildet, und diese nothwendigen Vorfragen sind von selbst mit an den Oberrichter devolvirt, so daß dieser deshalb in pejus erkennen kann.

§. 21.

Geht man auf die Erkenntnisse über, welche einen Eid auflegen oder für zulässig erklären, so müssen die oben aufgestellten Grundsätze um so gewisser zur Anwendung kommen, als die Heiligkeit des Eides erfordert, unnöthige oder unerhebliche Eide zu verhindern. [76])

Aber auch hier muß man, wie man beim Beweis die Frage über Beweissatz und Beweislast zu unterscheiden hat, ebenso die Fragen unterscheiden: Ist etwas und was ist zu beschwören? dann: wer hat es zu beschwören? Mit der Frage: ob und wie ein Eid zu leisten sey? ist nur dann die Frage, wer ihn zu leisten habe, nothwendig verbunden, also an den Oberrichter devolvirt, wenn dieser die Eidesnorm im Wesentlichen ändert. Mit der Frage aber, wer den Eid zu schwören habe, ist die Frage: was derselbe beschwören soll, aufs innigste verbunden.

§. 22.

Ist der zu liefernde Beweis bereits vollständig geliefert und der Richter verlangt dennoch einen Eid, so kann der Oberrichter, obgleich nur über die Formel des Eides appellirt ist, oder nur der Product oder Delat sich beschwert, weil nicht sogleich zu seinen Gunsten erkannt wurde, dennoch in

75) Z. B. ob bei der Negatorienklage der Kläger die Freiheit oder der Verklagte die Servitut zu beweisen habe.

76) Vergl. Cap. 36. X. de jurejur., wo indessen nur generell gegen die Vervielfältigung der Eide verfügt ist.

pejus den Beweis für geliefert erklären.[77] Wenn der Producent, welchem alle übrigen Beweismittel fehlen, dem Producten einen irrelevanten Eid zuschiebt, dieser solchen acceptirt und der Richter solchen abnehmen will, dann aber nur die Frage an den Oberrichter devolvirt wird, ob dieser Eid für verweigert zu achten sey, so kann der Oberrichter den Eid für unerheblich und den Producenten für beweisfällig erklären, mithin, wenn Producent appellirt hat, in pejus erkennen.[78] Jeder Theil will den Sieg in der Hauptsache: ist nun schon in den Acten formell gewiß, was zum Endurtheil gewiß seyn muß, so kann von Zulassung eines weiteren und noch dazu unerheblichen Beweismittels die Rede nicht seyn.

Wenn dagegen lediglich über die Formel eines nothwendigen Eides appellirt wird und der Oberrichter diese Formel relevant und richtig findet, dabei aber entdeckt, daß z. B. nicht dem Producenten der Erfüllungseid in bejahender Weise, sondern dem Producten der Reinigungseid in verneinender Weise hätte auferlegt werden sollen, so ist die Frage, wer zu schwören habe, mit der devolvirten Frage nicht nothwendig verbunden und also auch eine Abänderung in dieser Hinsicht weder zu Gunsten des Appellanten, welcher darum nicht gebeten, noch in pejus zulässig. Mit dem Endurtheil ist nur die Frage über die Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten erheblichen Thatsachen in wesentlicher Verbindung: ob die juristische Ueberzeugung von dieser Wahrheit von dem Producenten oder von dem Producten durch einen Eid hergestellt wird, ist unwesentlich; es ist also auch die Frage hierüber mit der Frage, was zu beschwören sey, nicht nothwendig und untrennbar verbunden.

---

77) Mitermaier, a. a. O. S. 102. 103.

78) Mittermaier, a. a. O. S. 101. — In ähnlicher Art erkannte auch das Oberappellationsgericht zu München, s. Blätter für Rechtsanw. Bd. VIII. S. 139.

§. 23.

Das Resultat dieser Ausführung ist:

1) der Oberrichter hat jeden an ihn zur Entscheidung devolvirten speciellen Punkt seinem ganzen Umfange nach, jedoch nur in den Gränzen dieses Umfangs, zu würdigen und den Gesetzen gemäß so zu entscheiden, wie der vorige Richter ihn hätte entscheiden sollen, es mag die Entscheidung zum Vortheil oder zum Nachtheil des Appellanten ausfallen.

2) Innerhalb dieser Gränzen ist demnach eine **reformatio in pejus** ebenso erlaubt, wie eine Ueberschreitung der Appellationsbitte.

3) Die **reformatio in pejus** unterscheidet sich hinsichtlich des Gegenstandes von der Adhäsion dadurch, daß letztere nicht wie erstere auf den speciellen Punkt beschränkt ist, welcher durch die Appellation an den Oberrichter devolvirt wurde, sondern auf alle Punkte erstreckt werden kann, welche aus dem streitigen im devolvirten Urtheil der vorigen Instanz entschiedenen Rechtsverhältnisse herrühren.

V.

Ueber den neuesten Zustand der Leistungen in Bezug auf die Civilprozeßgesetzgebung, die Gerichtsverfassung und die würdige Stellung des Advokatenstandes.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XI. im 2. Hefte des vorigen Bandes.)

Ehe wir die begonnene Darstellung der in den neuesten Prozeßgesetzbüchern und Entwürfen enthaltenen Fortschritte der